

J. rom. m.

46





eg 2224

PRAGMATICORUM

J. von M. 76

PACTORUM DOTALLI

SIMPLICIA ET MIXTA

GOSWING JOSEPH

SERIES OF VOLS. 1-10

SUPRE

THESE

LIBRARY

1773

ERROR
PRAGMATICORUM
CIRCA
DISTINCTIONEM
PACTORUM DOTALIU
IN
SIMPLICIA ET MIXTA

DEMONSTRATUS

A

GOSWINO JOSEPHO DE BUININCK

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI PRINCIPIS

ELECTORIS PALATINI QUA DUCIS JULIACENSIS ET MON-

TENSIS CONSILIARIO INTIMO

NEC NON

SUPREMÆ APPELLATIONUM CURIÆ

ADSESSORE



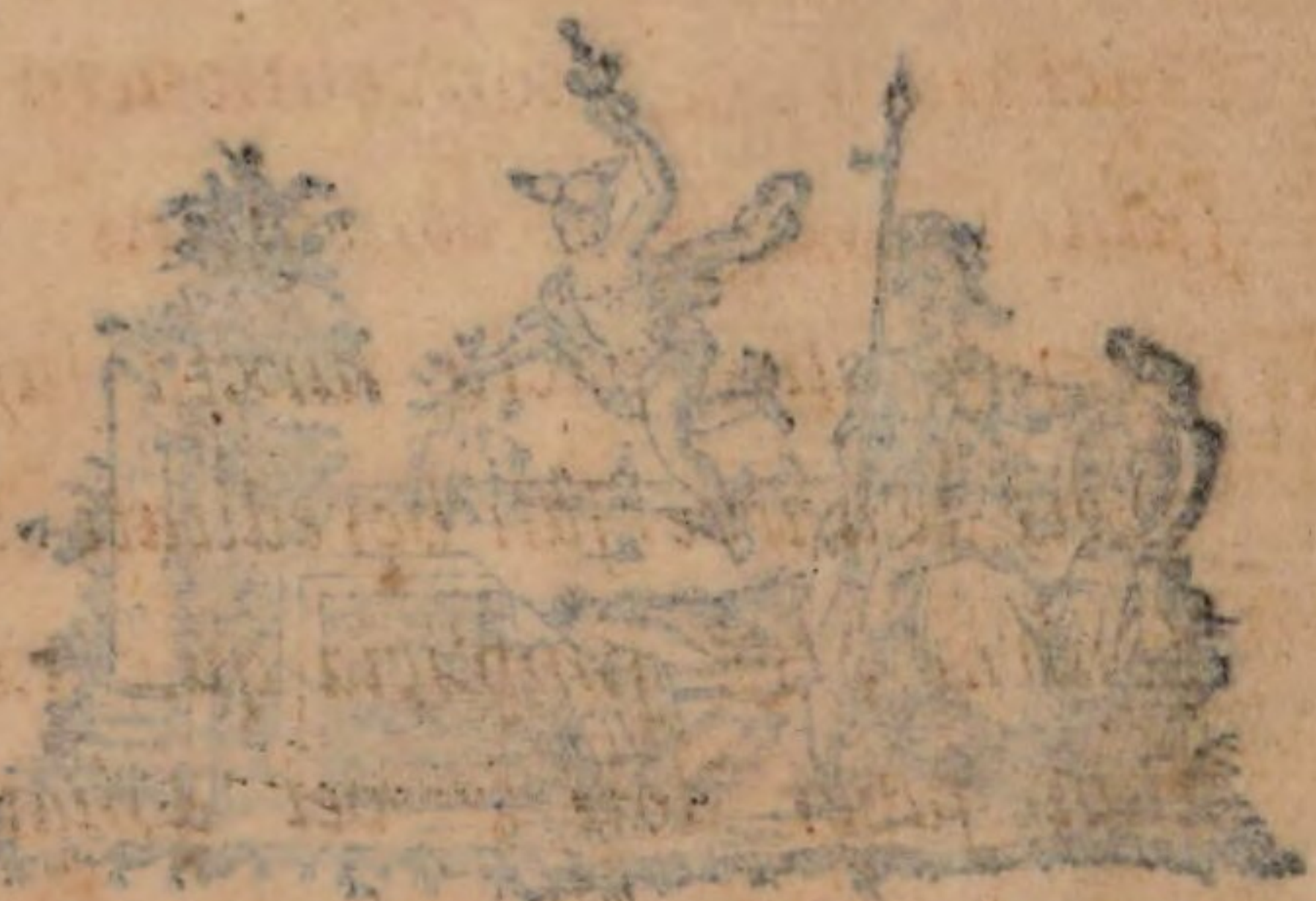
COLONIÆ FRANCOFURTI ET LIPSIAE

SUMTIBUS ET TYPIS METTERNICHIANIS
MDCCLXX.

erbsen
kretoldidstas
nertn

ERROR
 PRACONATORUM
 DISTINCTIONEM
 PACTORUM DOTALLIUM
 IN
 SIMPLICIA ET MIXTA

DEMONSTRATUS
 A
 GOSWINO JOSEPHO DE BUINICK
 SECRETISSIMO AC POTENTISSIMO PRINCIPIS
 ELECTORIS PALATINI RHAETIAE ET MOE-
 NIIENSIS CONSILIARIO INTIMO
 RECITON
 SUPREMAE APPELLATIONUM CURIAE
 AD S. S. O. R. E.



COLONIENSIS
 SUMMIBUS ET TIBI METTERICHIAE
 MDCCXX

Bayerische
 Staatsbibliothek
 München



CONSPECTUS.

§. I. *Introductio.*

§. II. *Pragmaticorum quidam asserunt, pacta simplicia fieri per modum contractus, mixta per modum ultimæ voluntatis.*

§. III. *Alii pacta mixta vocant, quæ tractatum, & conventionem de futurâ successionem continent.*

§. IV. *Iterum aliis pacta mixta sunt, queis de universali hereditate disponitur, & simplicia quæ tantum super dote, vel donatione propter nuptias, vel aliis bonis non tamen per verbum testa-*

menti, sed contractus conficiuntur.

§. V. *Definitio pactorum simplicium, & mixtorum ab objecto, & à formâ ab HOMBERGK ZU-
VACH excogitata examinatur,
ac refellitur.*

§. VI. *Persequutio ejusdem argumenti.*

§. VII. *Revocabilitas est commune ultimarum voluntatum attributum.*

§. VIII. *Verba: Urben, succedente. haud sunt principium cognoscendi, sive característica distinctionis nota.*

§. IX. *Nec clausula codicillaris pactis dotalibus adjecta.*

§. X. *Nec numerus testium quinaris, vel septenarius junctis verbis heredis institutionem involventibus.*

§. XI. *Persequutio ejusdem argumenti.*

§. XII. *Dispositio de omnibus omnino bonis*

bonis non est adæquatum cognoscendi principium.

§. XIII. Neque expressa mortis mentio tabulis dotalibus inserta.

§. XIV. Distinctio inter assignationem bonorum jure successionis futuræ, & assignationis vi obligationis contractæ expenditur.

§. XV. Clausula de valore in vim ultimæ voluntatis dotalibus pactis adjecta rejicitur.

§. XVI. Cautela SCHILTERI explo-
ditur.

§. XVII. Distinctio pactorum dotalium in simplicia, & mixta quæ monstrosa rejicitur.

§. XVIII. Facultas pœnitendi, sive recedendi à pactis expressè reservata quid operetur.

§. XIX. Distinctio pactorum in simplicia, & mixta omni caret utilitate.



§. I.

DISTINCTIO pactorum dotalium in simplicia, & mixta Pragmaticis quàm frequens, ac familiaris, tam erronea, & falsa à parte rei est. Illi jam tum celeberrimus LEYSERUS, ut & JUSTUS HENNINGIUS BOEHMERUS insurrexerunt. Interim neuter omne tulit punctum. Etsi quamvis primus (*) pragmaticam distinctionem renunciaret
verum

(*) Ad π . Vol. V. Spec. 308. med. 1.

verum monstrum, ex juribus partim Germanico, partim Romano conflatum, nihilominus concludit „ Interim
 ” tamen constans praxis, de quâ vide
 ” *Strykium in Cautelis Contractuum*
 ” *sect. 3. c. 8. §. 18. 19. 20.* discrimen
 ” hoc, & potestatem revocandi pacta
 ” dotalia in viam ultimæ voluntatis condita ita stabilivit, ut nos quoque ei
 ” cedere oporteat. ” Alter pariter
 hîc (**) pragmaticam distinctionem
 vastis rationibus convellit, illic (***)
 contra sibimet ipsi parùm constans perhibet „ Concipiuntur vel per *modum*
 ” *actûs inter vivos*, & dicuntur *simpli-*
 ” *cia,*

A 4

(**) *Exercitat : ad Tom. IV. Exercit:*

LXXI. Cap. 2. §. 1. seqq.

(***) *In Introduct. in jus Digest. Lib.*

XXIII. Tit. 4. §. 2.

” *cia, vel in vim ultimæ voluntatis, ubi*
 ” *per verba ultimæ voluntatis disponi-*
 ” *tur de futurâ successione, quæ pacta*
 ” *vocantur iuxta, & moribus valent.*”

Imò idem BOEHMERUS (****) alio lo-
 co pragmaticorum opinionem usque
 adeò intrepidus amplectitur, sequi ur-
 que. Ast memorabilis distinctio, vel
 verus error, verumque juris mon-
 strum est, vel non est. Si non, quid
 contra pragmaticorum stimulum duri
 calcitremus? Si contra est, cur alienis
 erroribus inserviamus? Cur cum cæ-
 teris ineptiamus? Cur monstrum hor-
 rendum, informe, ingens recipiamus,
 & longè aliter, quàm ratio juris ferret,
 pronunciemus, præcipuè cùm, sta-
 tuente

(****) Consultat. Tom. II. Part. I. Resp.
 556. seqq.

tūente Imperatore CONSTANTINO
(*****) uſus longævineque ea aucto-
ritas fit, neque adeò ſui valitura mo-
mento, ut & rationem vincat, & le-
gem? Quo circa nos inveterato erro-
ri in ſuprema quoque tribunalia jam
non per cuniculos, ūt antea irrepenti,
ſed, quod indignius eſt, ferè apertâ
vi irrumpenti haud cedere, ſed forti-
ter, firmiterque reſiſtere, ac præeun-
te magno ANTONIO FABRO (*****)
de ineptiis tandem prodendis, perden-
diſque cogitare oporteat.

A 5

§. II.

(*****) *In l. 2. Cod. Quæ ſit longa con-
ſuetudo.*

(*****) *De Errorib. Pragmaticor. Part. I.
in Epistol. dedicat.*

§. II.

Et quidni oporteret? Inprimis namque pragmatici ne quidem conveniunt, quid pacta simplicia sint, & quid mixta. Pragmaticorum antesignanus STRYKIUS (*) nec non BERGERUS (**) referunt, pacta simplicia fieri per modum ultimæ voluntatis. Hisce quid obscurius, quid irrationabile magis? Si pacta possunt iniri vel per modum contractûs, vel per modum ultimæ voluntatis; necessariò quoque sequitur, testamentum, & codicillum posse con-
di vel per modum ultimæ voluntatis, vel per modum contractus. Negare pragmatici ideò minus audent, cùm con-
cla-

(*) *In U. M. Lib. XXIII. Tit. 4. §. 3.*

(**) *In Oecon. Jur. Lib. I. Tit. 3. §. II.*

clamatum sit apud omnes, Jure Germanico dari successiones pactitias. Jam verò quodnam, non dicam, Juris, sed & rationis monstrum erit testamentum per modum contractûs conditum? Ejusmodi testamentum vel testamentum est, vel pactum, seu contractus. Si testamentum renuncies, non poterit esse pactum, quippe cùm natura testamenti contrarietur naturæ pacti. Si pactum adseveres, non poterit esse testamentum, siquidem pactum, & testamentum inter se toto cælo differunt. Fortasse tale testamentum androgynum, & alterâ parte testamentum, alterâ verò parte pactum esse diceres. Ast si hodierni physici de verâ naturalis androgyni existentia adhuc dubitent, cur nos legales Hermaphroditos admittamus? Detur tamen testa-

testamentum androgynum, annon tum
secundum præscripta legum (***)
disquirendum foret, qui sexus in eo
prævaleat, num testamentarius, num ve
pactitius? Miserrima me hercle Juris-
prudentia Romano-Germanica, quæ
Dædaleo labyrintho inclusa cum bifor-
mibus obambulas Minotauris.

§. III.

Interea aliam definitionem suppedi-
tare molitur MULLERUS (*) scribens:
*Mixta sunt, quæ tractatum, & conven-
tionem de futurâ successione continent.*
Sed neque hæc definitio melior, ju-
stiorve

(***) L. 10. §. de stat. hom. & L. 15. §. 1.
π. de testib.

(*) Ad Struv. Part. II. Exerc. XXX.
thes. 19. lit. 9.

stiorve est. Etenim talia pacta pactis,
ut vocant, successoriis, quæ funda-
mentum, & robur fortiri in novissima,
& universali, Germaniæ imprimis,
consuetudine BARTHIUS (**) testatur,
vel distant, vel non? Si non distent,
cui bono eidem rei nova nomina im-
ponimus, ac subdivisiones præter ne-
cessitatem multiplicamus? Sin distent,
rationem differentiæ, quæso, MULLE-
RUS mihi assignet. Ubi frater cum so-
rore, ubi socius cum sociâ, ubi ami-
cus cum amicâ, ubi Cajus cum Cajâ de
futurâ successione pactus fuerit, pactum
illud & simplex, & validum & irrevocabi-
le omnes uno ore clamitant. Quodnam
verò discrimen erit, si sponsus cum
sponsâ de futurâ successione ante nup-
tias

(**) *Dissens. Cent. V. Diss. 481.*

tias paciscantur? Num fortè fides spon-
 forum minus sancta, ac proin eorun-
 dem pacta haud ejus naturæ, & indolis
 sunt, ut de more Germanorum, ac
 jure patrio religiosè servantur? Ec-
 quod doctrinæ tam exoticæ vestigium,
 nisi solum, atque unicum Pragmati-
 corum cerebellum?

§. IV.

Nec magis subsistunt, quæ cum
 BERLICHIO HAHN (*) insinuat, vide-
 licet pacta, queis de universali here-
 ditate disponitur, mixta, simplicia ve-
 rò esse, quæ tantum super dote, vel
 donatione propter nuptias, vel super
 aliis bonis non tamen per verbum te-
 stamenti,

(*) In *Observat. ad Wesenbec. Lib.*
XXIII. Tit. 4. N. 4.

stamenti, sed contractûs, aut donationis, ût si conventum, quod altero conjuge defuncto superstiti ex ejus bonis certum quid dari debeat, vel super successionem particulari confecta sunt. Dic sodes! si Titius cum Cajo de universali hereditate paciscatur, quî illud pactum de Jure Germanico appellandum? Nonne simplex, validum, atque irrevocabile? Cur ergo mixtum erit, si sponsus cum sponsâ de universali hereditate paciscatur? An fortè pacta dotalia de Jure Germanico aliam induunt naturam? Ast tum vel omnia pacta dotalia, vel saltem ea mixta erunt, quæ super hereditate sive universali, sive particulari conficiuntur? Jam verò ipse HAHN pacta de quotâ hereditatis, sive hereditate particulari inita renunciat simplicia. Proinde necessum est, ut pacta de hereditate universali pariter

pariter simplicia fateatur, vel legalem
differentiæ rationem assignet, quam
tamen neque ipse, nec BERLICHIVS in
hunc usque diem attulere, nec quis-
quam alius ociùs adferre poterit.

§. V.

Plures adhuc prodigiosi entis defini-
tiones adducerem, nisi omnes, quot-
quot hucusque sudârunt, quodammo-
do superâsse, ac lapidem philosophi-
cum invenisse sibi videretur HOMBERGK
ZU VACH (*) admonens, pacta cum
ab objecto, tum à formâ in simplicia,
& mixta distingui, atque ita pacta sim-
plicia

(*) *De origine, atque indole distinctionis
pactorum dotalium in simplicia, & mixta
Cap. I. §. 8. & 9.*

plicia ab objecto audire, quibus conjuges more Romano de dote, donatione propter nuptias, reliquis; non etiam de futurâ successione cavent; mixta verò, quibus partes insuper de universâ hereditate, vel ejus quotâ disponunt; vicissim pacta, quæ partes inierunt de futurâ successione vi conventionis deferendâ, simplicia; mixta contrà dici, quæ pariter conduntur de futurâ successione, sed sub formâ ultimæ voluntatis adhibitis quinque testibus, adeoque (ita ambiguitatis vitandæ causâ observandum censet (**)) pacta dotalia mixta à formâ, esse posse simplicia ab objecto: & mixta ab objecto interdum simplicia à formâ. Quàm philosophica mistura, & quàm mixta

B

philo-

(**) *Cit. Cap. I. §. u. lit. a.*

philosophia! Pactum simplex videlicet est, quo conjuges non de futurâ successionem, sed de dote, ac cæteris cavent, ac pariter pactum simplex est, quod partes inierunt de futurâ successionem vi conventionis deferendâ. Ergo pactum simplex est id, quod est, & simul est, quod non est. Teste enim Doctore nostro, pactum simplex ab objecto futuram successionem involvere non debet, pactum simplex à formâ contrâ futuram successionem involvere debet. Jam verò sicut juxta principium contradictionis (***) fieri non potest, ut idem simul sit, & non sit, ita quoque fieri non potest, ut idem simul sit id, quod est, & quod non est.

(***) WOLF *Ontolog. Part. I. Sect. I.*

Cap. 1. §. 29.

est. Neque heic mihi ingeri patior,
 aliam definitionem esse ab objecto, at-
 que iterum aliam definitionem à formâ.
 Etenim si docente WOLFIO (****) de-
 finitio contradictionem involvere, seu
 ea complecti non debet, ex quorum
 uno, vel altero assumpto, vel ex ali-
 quot simul, determinatur contrarium
 ejus, quod una sumitur; regulis Phi-
 losophiæ etiam non convenit, ut defini-
 tio à formâ definitioni ab objecto è dia-
 metro contrarietur, sive determinet id,
 cujus contrarium definitio ab objecto
 determinat. Alioqui res juxta defini-
 tionem à formâ posset esse id, quod jux-
 ta definitionem ab objecto esse nequit.
 Absurdum, quo absurdius in hunc us-
 que diem exauditum non est. Unde

B. 2.

porro

(****) Cit. Cap. I. §. 43. & 44.

porro sequitur , pactum sub formâ ultimæ voluntatis initum implicare æquè , ac donationem inter vivos sub formâ ultimæ voluntatis fieri. Ejusmodi enim donatio foret vel donatio inter vivos, vel donatio mortis causâ, vel planè nihil. Ergo à pari pactum sub formâ ultimæ voluntatis conflatum erit vel pactum, vel negotium mortis causâ, vel nihil.

§. VI.

Verùm laudatus HOMBERGK (*) philosophari, seu potiùs nugari pergit.
 ” Sicut facultas pœnitendi in pactis do-
 ” talibus expressè reservata hoc opera-
 ” tur, ut alterâ parte invitâ revocari
 ” que-

(*) *De orig. atque indol. distinct. pact. do-
 tal. Cap. I. §. 15.*

30 queant: ita cum ratione nemo nega-
 31 verit, quin idem tacitè fieri possit.
 32 Quamvis enim reservatio in mente
 33 retenta nihil operetur, & interpre-
 34 tatio contra eum facienda sit, qui
 35 reservationi suæ legem non apertius
 36 dixit: ipso tamen facto aliquem jus
 37 suum sibi reservare posse non ambi-
 38 gitur. Quod cùm fit, reservatio ta-
 39 cita audit, cujus tres vulgò perhi-
 40 bentur species; una, quæ virtute
 41 expressi fit, altera, quæ ex naturâ
 42 actus fluit, tertia, quæ præsumtio-
 43 nibus absolvitur. Prima species
 44 reservationis tacitæ, quæ virtute
 45 expressi nititur, & exinde per ne-
 46 cessariam consequentiam deducitur,
 47 unicè huc pertinet. Exemplum ejus,
 48 quantum ad facultatem pœnitendi in
 49 pactis dotalibus attinet, præcipuè
 50 esse arbitror, si partes declarent, se

” eo animo esse , ut pacta illa valeant
” in vim ultimæ voluntatis. Cum
” enim non ignorent , dispositiones has
” à naturâ pactorum in eo recedere ,
” quòd pro lubitu revocari possit , &
” simul declarent , se pacta dotalia con-
” dere voluisse instar supremi elogii , ip-
” so certè facto significant , inita qui-
” dem inter eos esse pacta dotalia ab
” hoc tempore valitura , sed robur ,
” quod illis cæteroquin inest irretracta-
” bile , non habitura , donec constiterit ,
” eos in voluntate pactis dotalibus de-
” clarata , constanter perseverasse us-
” que ad supremum vitæ halitum , at-
” que ita irrevocabilitatem pactis cæte-
” roquin naturalem in casum mortis
” paciscentium suspensam , vivis pacif-
” centibus effectui destitui. Quamob-
” rem dispositionis contrahentium ,
” quâ

” quâ se pacta dotalia in vim ultimæ
 ” voluntatis condere declarant, non
 ” hæc vis est, & effectus, ut pacta dotalia
 ” naturam conventionis exuant, &
 ” quasi in ultimam voluntatem resol-
 ” vantur: sed tantum, ut facultas pœ-
 ” nitendi, quæ aliàs pacto expresso re-
 ” servari solet, ipso facto reservata in-
 ” telligatur, & pactum suâ naturâ
 ” irrevocabile qualitatem istam amittat,
 ” & ex irrevocabili fiat revocabile.
 ” Quum enim ultimæ voluntates per
 ” se revocabiles sint, nullo certè mo-
 ” do contrahentes, si à verbis expres-
 ” sis discefferis, mentem suam com-
 ” modiùs explicare potuerunt. Quare
 ” sicut pacta dotalia, in quibus partes
 ” facultatem pœnitendi sibi expressè
 ” reservarunt, pro lubitu revocari pos-
 ” sunt, ita pacta dotalia in vim ultimæ

voluntatis inita adjectum quasi ha-
bent pactum displicentiæ tacitum,
vi cuius contrahentibus à conventio-
ne recedere quandocunque integrum
est. Non opus itaque erat, ut Do-
ctores pacta dotalia de futurâ succes-
sione coram quinque testibus condi-
ta mixta dicerent, quasi ex conven-
tionibus, & ultimis voluntatibus
composita, cum revocabilitas non
fit qualitas ultimis voluntatibus pro-
pria, sed cum negotiis sub pacto dis-
plicentiæ resolutive initis communis,
& intentio conjugum in hunc sensum
explicari possit, quasi ipso facto de-
clarare velint, convenisse inter eos,
ut, quemadmodum quælibet ultima
voluntas suâ naturâ revocabilis est,
ita facultas pœnitendi in pactis hisce
tacitè reservata appareat, salvâ inte-
rim

rim manente , & illibatâ pactorum
 dotalium naturâ , quæ licèt ita com-
 parata fit , ut negotium duorum , vel
 plurium consensu initum unius vo-
 luntate , & pœnitiâ dissolvi non
 patiatur , tamen admittat pactum
 displicentiæ , five expressum , five
 tacitum. Probent hæc dissentientes,
 oportet , si æquo animo considerent
 naturam testamentorum more Ger-
 manico antiquiore conditorum , &
 subnixâ stipulatione firmatorum.
 Quemadmodum enim hæc naturam
 ultimarum voluntatum haud exuisse
 (putandum est , tametsi testatores ad-
 jectis conventionibus sibi ut pluri-
 mum ademerint facultatem receden-
 di à voluntate testamento declarata:
 ita argumento à contrario sensu de-
 sumto ex iisdem principiis tanquam

✱ B § 1 (°) ✱ ex

" ex concessis prono alveo fluit, quod
 " pacta dotalia de universali conjugum
 " successione coram quinque testibus
 " condita conventiones esse non defi-
 " nant, quamvis involuta sint specie
 " ultimæ voluntatis, & revocari pos-
 " sint. " Superi, qui vulpanseres, qui
 hircocervi! Si conjuges reciprocum
 testamentum condunt, ac declarant,
 se eo animo esse, ut testamentum va-
 leat in vim pacti, & conventionis, quid
 tum? Num id testamentum subsistet,
 ut testamentum, nūmve in aliam trans-
 ibit speciem, scilicet pacti? Num te-
 statores contra claram legem (**) in
 testamento suo cavere possunt, ne le-
 ges in suo testamento locum habeant?

Num

LIB. XXIX. Tit. 3. num. 10. CAP.

DE TESTAMENTO & CONVENTIONE AD LIB. III. Tit. 20.

LIB. 6. COVAR. DE TESTAMENTO

(*) L. 1. §. 1. de leg. 1.

Num in eorum potestate erit, legis
præscriptum infringere, & contra le-
gem (***) ex solenni jure quicquam
immutare? Quid si expressam clausu-
lam adjecissent, imò usque adeò juras-
sent, se nolle testamentum suum re-
vocare? Vanam, atque inutilem illam
clausulam esse (****) neque etiam jus-
jurandum, tanquam accidens, naturam
testamenti tollere (*****) commu-
nior

(***) L. 27. *π. de R. J.*

(****) FABER *de Errorib. Pragm. Pant.*

II. Decad. 37. error. 7. HARPPRECHT ad

§. 2. J. quib. mod. testam. num. 9. MULLER

ad Struv. Exerc. XXXII. th. 38.

(*****) SCHOEPFFER *in Synop. Jur. pri-*

vat. Lib. XXIIX. Tit. 3. num. 16. CANI-

SIUS in Comment. ad x. Lib. III. Tit. 26.

num. 6. COVARRUVIAS in Tit. de testam.

ex secunda part. rubric. num. 9. BONACI-

nior tenet tam Jureconsultorum, quàm Theologorum schola. Cur ergo non idem dicemus, si conjuges declarassent, se eo esse animo, ut testamentum valeat in vim pacti, ac conventionis, præcipuè cum credendus non sit quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia? (*****) Ergo etiam propitiâ Themide pronuntiabimus, naturam pacti non inverti, licet sponsi declarent, se eo animo esse, ut pactum valeat in vim ultimæ voluntatis. Ita saltem vitabimus Charybden, in quam incautus HOMBERGK incidit. Videat nam-

NA Oper. omn. Tom. II. de Contract.
 Disput. III. Quest. XVII. Punct. 6 num.
 3. HAUNOLD de J. & J. Tom. II. Tract.
 VI. Cap. III. Controv. 4. num. 194.
 (*****) L. 3. §. de testam. milit.

namque ille, qui demonstrare velit, quinque testes requiri, si sponsi declarant, se eo esse animo, ut pactum dotale in vim ultimæ voluntatis valeat. Annon ex eodem principio à contrario inferre licebit, nullos testes requiri, si conjuges reciprocum testamentum condentes declarent, se eo animo esse, ut testamentum valeat in vim pacti, ac conventionis? Tum enim testamentum non testamentum, sed verum pactum foret, adeoque testibus æquè non indigeret, ac cætera pacta omnia. Annon dein inferre licebit, vel omnia pacta, queis contrahentes pœnitendi facultatem (ut in quocunque negotio, & quidem tam sub lege committendæ pœnæ conventionalis, quàm finè eâ fieri posse HOMBERGK (*****) docet)

(*****) *Cit. Cap. 1. §. 14.*

cet) sibi expressè reservant, quinque, vel pacta dotalia, quæ facultas pœnitendi tacitè reservatur, pariter nullos testes requirere? Si enim juxta principia adverlarii facultas pœnitendi expressè reservata pactorum aliorum perfectionem haud remoretur; neque etiam facultas pœnitendi tacitè reservata pactorum dotalium perfectionem remorabitur. Aut assignet HOMBERGK differentia rationem, quæ eò difficilius reddenda erit, cum cæteroquin defensor contra propria principia fateri deberet, vel facultatem pœnitendi pactis successoribus expressè reservari haud posse, vel quinque testium præsentia opus fore. Annon porro inferre licebit, non quinque, sed septem testes requiri casu, quo sponsi de hereditate disponant? Noto quippe notius est, di-

rectò

rectò hereditatem codicillis neque dari, neque adimi posse. Tacebo facultatem poenitendi non tacitè, sed expressè reservari, si declaratio illa, ut pacta dotalia in vim ultimæ voluntatis valeant, facultatem poenitendi denotet, contineat, ac præ se ferat.

§. VII.

Cæterum haud moror, quæ de testamenti more Germanico antiquiore conditis, & subnixâ stipulatione firmatis laudatus autor subnectit. Tum enim & TACITI, & ulterioribus temporibus testamenta præcipuè Germaniæ magnæ incognita fuisse HEINECCIUS (*) jam tum demonstratum ivit.

Tum

(*) *Elem. jur. Germ.. Tom. I. Lib. II.*

Tit. 6. §. 141. & Tit. 7. §. 180.

Tum etiam testamenta revocabilia fuisse Lex Visigothorum (**) hisce innuit: *Qui verò sub hac occasione largitur, ut eandem rem, qui donat, usufructuario jure possideat, & ita post ejus mortem ad illum, cui donata fuerit, res donata pertineat: quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiamsi in nullo læsum se fuisse dixerit.* Demum quis nescit jure Germanico hodierno, præfertim Imperiali (***) eum ultimarum voluntatum modum, formamque introductam esse, ut revocabilitas commune

(**) *Lib. V. Tit. 2. §. 6.*

(***) *Ordnung der Notarien zu Cölln 1512. aufgericht. Tit. von Testamenten. Conferatur Gülich, und Bergische Rechts, Ordnung Cap. LXIX.*

mune omnis ultimæ voluntatis attributum jure renunciatur. (****)

§. VIII.

Explosis pactorum definitionibus nunc & principia cognoscendi, siue notas characteristicas explodere juvat. Confidenter, si non temerariè MEVIUS (*) statuit „ Quando de hereditate, „ vel quotâ ejus pactum sonat, *dass* „ *der überlebender Ehegatte den erst-ver-* „ *storbenen Erben gänzlich, oder in ei-* „ *nem gewissen Antheil seiner Verlassen-* „ *und Erbschaft succediren solle, salvo* „ Jure civili, ejusque ratione vi pacti, C „ vel

(****) L. B. DE CRAMER in Supplem. Opusc. Prim. Lin. Log. §. 43.

(*) In Comment. in jus Lub. Lib. II. Tit. I. ad Rubr. num. 102.

” vel contractûs subsistere nequit; un-
 ” de ea cautela placuit, jure donatio-
 ” nis mortis causa, aut alterius ultimæ
 ” voluntatis valere, & sustineri. Id
 ” quod ex Jure civili nunquam appro-
 ” batur, quin potius ei adversum vi-
 ” detur *per l. licet 19. C. de pact.* Com-
 ” muni tamen Dd. opinione, & inde
 ” invalescentibus locorum moribus,
 ” quibus applaudit notissima Germa-
 ” niæ consuetudo, perinde valere cre-
 ” ditum, & receptum est. *Thes. d.*
 ” *decis. 225. n. 12. Myns. cent. 2. obs.*
 ” *33. Hartm. lib. 2. obs. tit. 44. obs. 2. n.*
 ” *8. & seq. Coler. decis. 61. n. 18. part.*
 ” *1. Bruckm. cons. ult. n. 23. & seq.*
 ” *vol. 2. Wesenbec. in Parat. ff. de pact.*
 ” *dotal. n. fin. Zobel. part. 2. differ. Jur.*
 ” *civ. & Saxon. 48. n. 10. & seq. qui*
 ” de Germaniæ moribus attestantur.

Qui

» Qui contra scholasticè disputat, illi
 » ignoscendum, & condolendum esse;
 » quod quæ quotidiana non didicerit, &
 » jus, in quo versamur, ignoret. »

Applaudit non solum nobilis DE BERGER
 (**) sed & SCHOEPFFER (***) cæ-
 terique plures. In alias contra partes

eunt LEYSER (****) ac BOEHMER (*****)

Quid quod ipse HOMBERGK (*****)
 fervidus distinctionis assertor dicere

C 2 » haud

(**) *In Oecon. Jur. Lib. I. Tit. 3. §. n. p.*
m. 132.

(***) *In Synops. Jur. privat. Lib. XXIII.*
Tit. 4. num. 5.

(****) *Ad π. Vol. V. Spec. 308. med. 4.*

(*****) *Exercit. ad π. Tom. IV. Exercit.*
LXXI. Cap. 2. §. 6.

(*****) *De orig. atque indol. pactior. do-*
tal. Cap. II. §. 4.

haud vereatur „ Præterquam enim
” quod vocabula *erben*, *erblich*, in pa-
” ctis dotalibus ad res singulares rela-
” ta irrevocabilitatem nequidem Jure
” Romano respuant ; vocabulum *suc-*
” *cessio* certe, & verbum *succedere* cum
” synonymis ultimam voluntatem præ-
” cisè non inferunt, postquam con-
” ventionibus quoque hereditatem de-
” ferri posse non ambigitur. Ut tacea-
” mus, ultimam voluntatem esse pos-
” se, licèt vox heredis absit, & solam
” mentionem mortis ultimam volunta-
” tem non inducere. Unde colligimus
” ex verbis *erben*, *succediren*, simili-
” búsve, nisi aliæ præsumptiones con-
” currant, argumentum pro pacto-
” rum dotalium revocabilitate peti
” haud posse. ” Illud etiam omnino
evidens est. Si enim pacta successoria
hodie-

hodie dum obtineant, nemo certe dubitare poterit, quin de universâ hereditate, ac successione, ejusve quota apertè, ac palàm pacisci liceat. Quæ ergo nota characteristica erit, & cur non jure pacti, sed donationis causa mortis, vel alterius ultimæ voluntatis subsistet, & valebit, si sponsi verè pacti, ac vocabulo hereditatis, vel successio- nis usi fuerint. Sanè pœnâ, non veniâ dignus, quisquis tam falsum cognos- cendi principium vel somniare sustinue- rit.

§. IX.

Quidam ex clausulâ codicillari, ubi pactis dotalibus adjecta fuerit, pacta mixta elicere satagunt. Ast refragatur LEYSER, (*) refragatur & ipse HOM-

C 3

BERGK

(*) *Cit. Spec. 308. med. 7.*

BERGK. (**) Quid igitur? An principium cognoscendi adhucdum manebit, quod jam tum debellatum est?

§. X.

Neque etiam ex solo quinario, vel septenario testium numero pacta mixta colligere licere idem LEYSER (*) atque HOMBERGK (**) adnotârunt. Addit tamen laudatus HOMBERGK (***)

” Quod si verò in tabulis nuptialibus non
 ” tantum verba heredis institutionem
 ” involventia occurrant, sed & quin-
 ” que vel septem testium subscriptio
 ” accedat, tum pro pactis dotalibus
 ” mix-

(**) *Cit. Cap. II. §. 5.*

(*) *Cit. Spec. 308. med. 8.*

(**) *Cit. Cap. II. §. 6.*

(***) *Cit. Cap. II. §. 7.*

” mixtis præsumtio tam diu militare
 ” videtur , donec probatum fuerit,
 ” conjuges ea subsistere voluisse in
 ” vim conventionis. Cum enim for-
 ” ma pactorum dotalium mixtorum
 ” his requisitis absolvatur , conjuges
 ” eorum rationem habentes hunc dis-
 ” ponendi modum alteri prætulisse ve-
 ” risimile est. Quemadmodum enim
 ” doctrina de pactis dotalibus simplici-
 ” bus, & mixtis in toro pridem aucto-
 ” ritatem consecuta est: ita mirum vi-
 ” deri non debet , plurimos duo pa-
 ” ctorum dotalium genera statuere,
 ” unum, quod revocationi obnoxium
 ” sit, alterum irrevocabile , quorum
 ” utrumque certis notis ab altero dis-
 ” tinguatur. Quoniam igitur non om-
 ” nes eodem animo ad condenda pacta
 ” dotalia accedunt , sed alii perpetuo

” vinculo se invicem obstringere vo-
 ” lunt; alii verò hac mente sunt, ut
 ” mutatis fortè circumstantiis, à placi-
 ” tis conventionis recedere queant: ex-
 ” inde præsumendum est, eos, qui
 ” præter verba hujusmodi more in ul-
 ” timis voluntatibus recepto pactado-
 ” talia coram quinque, vel septem te-
 ” stibus condiderunt, facultatem pœ-
 ” nitendi sibi reservare voluisse: cum
 ” non ignorent, pacta in hunc modum
 ” condita ita comparata esse, ut vel invi-
 ” tâ alterâ parte mutari queant.” In-
 terim neque hæc sat firmo nituntur ta-
 lo. Etenim vel in instrumentis dota-
 libus formulæ: *Pacti sunt, contraxe-
 runt, gesserunt, sive, ut ENGAU (****)*

Ger-

(****) *In Element. Jur. Germ. Lib. I.*

Tit. 13. §. 343.

Germanice effert : ist einmüthiglich
abgeredet , und verglichen worden,
continentur , vel non. Si continean-
tur , num tūc adhibitioni quinque te-
stium , ac verbis heredis institutionem
involventibus ea vis inerit , ut vera pa-
cta in negotium ultimæ voluntatis trans-
mutent , ac monstrosissimam misturam
producant ? Juxta concessa solus testi-
um numerus ex pactis simplicibus mix-
ta non efficit , cū nil vetet , quò mi-
nùs & quinque , & septem testes in
pactis adhibeantur. Neque etiam sola
verba heredis institutionem involven-
tia tantum operabuntur , cū alioqui
successoria exularent pacta , quippe quæ
finè verbis heredis institutionem invol-
ventibus vix concipi queunt. Qui er-
go testium numerus , & verba heredis
institutionem involventia simul sumta

efficient, ut ex simplicibus mixta pacta fiant? Sanè nemo pacta successoria renuntiabit ultimam voluntatem, licèt verba heredis institutionem involventia, & quinque, vel septem testes fuerint adhibiti. Ecquid igitur de pactis dotalibus aliter sentiemus, cùm tamen, teste ipso HOMBERGK, originaria horum natura sit, ut æquè, ac pacta successoria in vim conventionis valeant? Ad hæc ex verbis heredis institutionem involventibus, atque adhibitione quinque, vel septem testium pragmatici solam præsumptionem eliciunt. Jam verò ubi dotale instrumentum disertè cantat, sponso revera contraxisse, pactòsque fuisse; quî occæcata præsumptio aperta contrahentium verba, ipsam negotii indolem, ac Germanica pactorum Jura subducet, superabitque? Per me

ita

ita nugetur , quicunque velit. Ego nunquam adducar , ut ejus generis ineptiis indulgeam. Demum ipse HOMBERGK (*****) judicat, pacta dotalia in vim contractûs sustinenda esse, si paciscentes usi quidem verbis in ultimis voluntatibus adhiberi solitis de successione universali disposuerint, verum tamen non quinque, aut septem, sed quatuor, sex, octo, pluresve testes adhibuerint. Quâ igitur ratione evincet, pacta mixta fore, si paciscentes quinque, vel septem testes adhibuerint? Annon testamentum manet, subsistitque, licet octo, imò centum, & mille testes adhibiti fuerint? Ita sinè dubio pronuntiandum secundum legem

(*****)

(*****) *Supra Cit. Cap. II. §. 8.*

(*****), quæ ait: *Necessaria prætermiſſa inminuunt contractus, & testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela.* Ergo & pactum manebit, licet quinque vel septem testes adhibiti fuerint, præsertim cum casu planè fortuito accidere possit, ut quinque, vel septem testes adhibeantur.

§. XI.

Quodsi verò nuptiales tabulæ verba: *Pacti sunt, contraxerunt, gesserunt, &c.* non contineant; tum sponſos testatos fuisse vel liquet, vel non liquet. Reciprocam namque testamenti factionem sponſis ante nuptias æquè, ac conjugibus post nuptias competere quis inficiabitur?

tur? Si ergo sponſos teſtatos eſſe liquet, quid exigit, quidve poſtulat, ut teſtamentum non propria, ſed alienâ appellatione notemus, ut metempsychosin admittamus, ac cum pactis hermaphroditum effingamus? Si non liquet, in dubio hærebimus. Atqui pacta nuptialia, quorum verba dubia ſunt, & in utramque partem trahi queunt, potius in vim contractûs, quàm in vim ultimæ voluntatis inita cenſeri commune axioma (*) eſt. Quocirca ſubſumo, pacta mixta dici non poſſe, nî manifeſtò conſtet, ſponſos non pacifci, ſed teſtari voluiſſe.

§. XII.

(*) Cocceji *Jur. civil. controuv. Lib.*

XXIII. Tit. 4. LEYSER Cit. Spec. 308.

med. 4. HOMBERGK Cit. Cap. II. §. II.

§. XII.

Porro dispositionem de omnibus omnino bonis, vel certâ bonorum parte haud esse adæquatum cognoscendi principium, sive characteristicam mixtorum pactorum notam adnotat LEYSER (*) cui adhærent CARPZOV (**) & SANDE (***) & alii plures. Dissentire quidem videtur BOEHMER; (****) asserens: *Quando bona hereditario Jure assignantur, & de universis bonis disponitur, pacta dotalia per modum contractûs valere nequeunt.* Verùm cum ipse

(*) Cit. Spec. 308. m. d. 9.

(**) Part. II. Constit. 43. Def. 6.

(***) Decis. Fris. Lib. II. Tit. 2. Def. 4.

(****) Consult. Tom. II. Part. I. Resp. 559.
num. 4.

se BOEHMER (* * * * *) rotundè confiteatur, quod etiam pactis in vim contractûs valentibus de bonis universis disponi possit, cùm juxta consuetudinem universalem Germaniæ pacta circa futuram successionem valeant; apertè sibi contradicit, aut ad minimum intelligendus venit de casu, quo sponsi non pacti, sed nudè testati sunt. Alioqui profectò decernere haud poterit, cur dispar pactorum dotalium sit ratio, minorque virtus, atque auctoritas, quàm reliquorum pactorum, quæis de universis bonis, sive de universali hereditate & licitè, & validè disponitur.

§. XIII.

Imo expressam mortis mentionem, ac verba: *Auf den Todesfall* ne quidem

(* * * * *) *Cit. Part. I. Resp. 560. num. 12.*

dem ultimam voluntatem, seu pacta mixta inducere cum BERGERO defendit LEYSER (*) addens: *Si modò aliquà ratione tanquam inter vivos sustineri queunt.* Sed quid fibi hócce additum? Cum ipse LEYSER (**) nullos planè testes desideret; ne niger quidem finget casum, quo pacta tanquam inter vivos sustineri nequeant, nisi partes se non pacisci, sed testari velle disertè renuncient, vel de hácce voluntate aliunde certò constet.

§. XIV.

Aliud adhuc cognoscendi principium

(*) *Cit. Spec. 308. med. 10.*

(**) *Cit. Spec. 308. med. 12. Conferantur BERGER in Oecon. Jur. Lib. I. Tit. 3. §. II. p. m. 132. ENGAU in Elem. Jur. Germ. Lib. I. Tit. 13. §. 337. Atque illustris DE*

um à STRYCKIO (*) adducitur. Ait ille, videndum, utrum bona alicui assignentur *Jure successionis futuræ*, an verò *vi obligationis contractæ*: illo casu mixta erunt, hoc verò simplicia. Arridet id perillustri Domino DE CRAMER; (**) ego contra lubenter fateor, me tam felicitis intellectûs haud esse, ut STRYCKIUM, ejûsque affectas assequi valeam. Quæso, quid est, bona assignari *Jure successionis futuræ*? Et quid assignari *vi obligationis contractæ*? Num fortè bona assignantur *Jure successionis futuræ*, si partes testentur, vi

D obli-

SELGHOW in *Instit. Jurispr. Germ. Lib. III. Cap. I. Tit. 1. §. 129. Et 131.*

(*) In *U. M. Lib. XXIII. Tit. 4. §. 3.*

(**) In *Weglarischen Nebenstunden Tb. XXVI. Abb. VIII. §. 3.*

obligationis contra , si partes contra-
hant , ac paciscantur? Sic rem enoda-
re mihi videtur STRYCKIUS (***)
dum scribit: *Quod si verò per modum
contractus conscripta sunt pacta , ius va-
lidum inter contrahentes inducunt , quod
ab uno revocari , aut per testamentum
immutari non potest.* Interim quæ lu-
sio in terminis? Hinc & non nihil col-
ludere juvabit. Si pactum per modum
contractûs conscribi potest , conscribe-
tur per modum contractûs veri , vel
quasi contractûs , contractûs nominati,
vel innominati , contractûs unilateralis,
vel bilateralis. Quæro nunc: Pactum
à contractu differt , nec ne? Si non;
idem , ac simile erit , si quis dicat , pa-
ctum

(***) *De Caut. contract. Sect. III. Cap. 8.*

§. 20.

Etum per modum contractus conscrip-
tum, ac si dicat, pactum per modum
pacti conscriptum. Sin differt; pa-
ctum per modum contractus conscrip-
tum salutandum venit contractus verus,
aut quasi contractus, contractus nomi-
natus, aut innominatus, contractus
unilateralis, aut bilateralis. Ad hæc an
pactum aliter concipi potest, quàm mu-
tua conventio serio, & deliberato animo
inita? An testamentum aliter concipi
potest, quàm voluntatis nostræ iusta
sententia de eo, quod quis post mor-
tem suam fieri vult? Quodsi ergo in-
strumentum dotale mutuam conven-
tionem deliberato animo initam referat,
illud non testamentum, sed pactum
iure vocabimus. Si contra instrumen-
tum dotale iustam voluntatis sententiam
de eo, quod quis post mortem suam

fieri vult, contineat, illud haud pactum, sed testamentum erit renunciandum. Unde fuit, pactum mixtum, seu pactum, quod naturam & pacti, & ultimæ voluntatis fortiatur, penitus implicare. Demum etsi bona jure successione futuræ assignata fuerint, iudice tamen L. B. DE CRAMER (****) non ad sola, ac nuda verba, sed simul ad mentem, ac voluntatem contrahentium respici oportet, ita, daß, (en ipsa verba) hieben die von anderen Rechtsgelehrten führende Meinung, nicht so wohl die gebrauchte Wörter an sich, als bey deren Applicirung von den Contrahenten geführte Sinn- und Meinung in rechtliche Consideration mit zu ziehen, bey der erheischenden
inter-

Interpretation , keineswegs ausser
Acht gelassen werde. Tantæ nimirum
molis est, commixtum condere pactum.
Annon idem est, ac si cum ESBACH
(****) diceret „ Dicendum , quòd
” Judex ex sententiâ animi sui, & hâc
” in materiâ æstimare debeat , quid
” aut credat, aut parùm probatum sibi
” opinetur juxta l. 3. §. 2. ff. de testib.
” & confirmare debeat motum animi sui
” ex argumentis, & testimoniis, quæ rei
” aptiora, & verò proximiora compere-
” rit, ceu loquitur JCtus in l. 21. §. fin. ff.
” de testib.” Cum bona, imò cum optimâ
veniâ heicinterrogare liceat, quæ sint illa
argumenta, quæ testimonia. Definitiones
pactorum mixtorum in hunc diem us-
que allatas haud subistere jam suprâ

D 3

vi-

(****) In Not. ad Carpzov. Part. II.
Const. 43. Def. 5. & 6.

vidimus. Notas características naturâ, ac proprietate verarum notarum carere pariter evicimus. Quam igitur legem judex sequetur, & quæis argumentis, testimoniisque motum animi sui confirmabit? Quid si tabulæ nuptiales disertè referant, sponso pactos fuisse, num judex prudenter dubitare poterit, an pacti sint? Vicissim, si tabulæ nuptiales cantent, sponso testatos fuisse, num judex rationabiliter dubitare poterit, an testati sint? Dubitet etiam, ac justè, meritòque dubitet, annon juxta datam supra regulam in dubio pro pacto, ut vocant, simplici semper pronunciandum? Quid ergo Judicis arbitrio linquitur? Si verba clara, atque aperta sint; neque sententia Judicis, neque aptioribus argumentis, neque proximioribus testimoniis

in

indigent. Si dubia ; pactum simplex
censeri debet. Haud video proinde,
quî (ceu STRYCKIUS (*****) con-
queritur) graves quandoque oriri que-
ant controversiæ, an hoc, vel illo ca-
su pacta sint simplicia, an mixta. Un-
denam illæ orientur ? Dicam verbo:
Ex pragmaticorum infomniis, ex falsis
principiis, ex insulsis inventionibus,
ex montibus parturientibus, ac bifor-
mibus jurium monstris.

§. XV.

Sicut tandem lubenter admittimus
STRYCKII (*) consilium, videlicet, ut
addatur expressè, quòd illa pacta do-
talia per modum contractûs, vel actûs

D 4 inter

(*****) *Cit. Cap. 8. §. 21.*

(*) *De Caut. Contract. Sect. III. Cap. 8.
§. 23.*

inter vivos subsistere debeant e. g. Es haben sich beyde Eheleute dahin verglichen, daß auff begebenden Todesfall der Überlebende alles behalten, und des verstorbenen Freunden nichts herausgeben solle, wie dann solches alles per modum contractûs, & actûs inter vivos beständig gehalten werden solle; ita supra dictis congruenter reprobamus, quod SCHILTER (**) suggerit, monitum, ut hujusmodi pactis clausula de valore in vim ultimæ voluntatis adjiciatur, & instar testamenti judicialis coram actis judici insinuetur. Rationes jam tum ante adduximus. Nunc adhuc addimus: vel cum illa clausulâ simul testamenti necessaria adhibita sunt, vel prætermissa. Si prætermissa, eò cer-

(**) *In Prax. Jur. Rom. Exercit. VIII.*

§. 41.

certiùs officient voluntati testatorum, quò minus dubitare licet, quin testamenta prætermiſſis neceſſariis de jure Germanico hodierno invalida ſint. Si neceſſaria adhibita fuerint; diſquirendum ducò, an partes pactæ ſint, an teſtataæ. Si teſtataæ, cur teſtamentum, vel codicillum alienâ, ac barbarâ pacti (mixti appellatione denotemus? Sin pactæ, quid abundans ſollennitas, quid clauſula pacto, ejùſque naturæ, ac ſubſtantiaæ contraria operabitur? Abundantiam ſollennitatum non nocere expediatum eſt. (***) Aſt contraria naturæ clauſula num pacta dotalia vitiabit, nùmve ipſa vitiabitur? Ultimum jure magis propitio ſtatuetur. Quid enim,

D 5

ſi

(***) JACOBUS GOTHOFREDUS in *Comment.*

ad L. 94. §. de R. J. num. 8.

si contrahentes adjiciant, emtionem, venditionem in vim locati, conducti, vel ultimæ voluntatis valere, num propterea emtio, venditio in locationem conductionem, vel in testamentum codicillumve immutabitur, aut prorsus nulla erit? Pro emtione, venditione rectius pronuntiabimus. Etenim utile non debet per inutile vitiari. (****) Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, nunquid exceptione adjuvandum est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat. (*****) Sic & in tradendo, si quis dixerit, se solum finè superficie tra-

notum B. Angilbo sb. 2. 44. 1 (*****)

(****) C. 38. de R. J. in 6. (*****)

(*****) L. 12. §. de precario.

tradere: nihil proficit, quò minus & superficies transeat, quæ natura solo cohæret. (*****). Sic quoque si quid supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valet, reliqua verò quantitas, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurat, quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur. (*****). Sic pactum usurarium non vitiat contractum alias per se licitum, sed vitiat, & pro non adjecto habetur. (*****). Sic demum si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum, & Stichum spoponderis; Stichum

(*****) L. 44. §. 1. *de obligat. Et action.*

(*****) L. 34. princ. C. de donat.

(*****) L. 9. princ. *de usur.*

Stichi adjectio pro supervacuo habenda est. Nam si tot sunt stipulationes, quot corpora: duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitatur utilis per hanc inutilem.
 (*****) Ergo & clausula de valore in vim testamenti pro supervacuo habenda erit, maximè cum à patris dotalibus separari possit.

§. XVI.

Rursum non valebit, quâ idem SCHILTER (*) utitur, cautela, ut ultimam voluntatem, reciprocam, five per modum testamenti, five donationis mortis causa factam conjuges actis
 infirmis

(*****) L. 1. §. 5. de verb. obligat.

(*) In Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXIX.

§. 58.

insinuent, ibique invicem sibi stipulentur, omnia in eo contenta se se inconvulsè servaturos. Pessimè in sententiam suam SCHILTER trahere conatur RICHTERUM, (**) qui scribit, quòd conventio conjugum, ut alterutro mortuo superstes liberis non extantibus succedat, in speciem donationis inter vivos cadat, atque hujusmodi donatio reciproca, vel remuneratoria ab unâ parte retractari nequeat. De tali videlicet conventionem, aut donationem nullum est dubium, sed quæstio de clausulâ testamento adjectâ. Illam proin evolvamus. Si conjuges testamentum ante conditum actis insinuent, ibique invicem stipulentur, se omnia in eo

eo scripta sanctè servaturos ; testamento stipulatio, sive conventio superveniet, adeoque testamentum non testamentum, sed loco probationis erit, ut quælibet scriptura alius pacti, aut contractus. Dubitas ? Pone Titium testamentum condidisse, ac Sempronium heredem scripsisse ; post verò contenta testamenti sui revelasse, ac cum Sempronio pactum, sive stipulatum fuisse, cuncta, quæ in tabulis continentur, inconvulsè, ac sanctè servanda esse. Nonne testamento superveniet pactum successorium, quo Titius de Jure Germanico ita ligatur, ut sine voluntate Sempronii ab eo recedere, idve dissolvere nequeat ? Haud remanet igitur testamentum, sed pactum successorium substituitur, quod nemo sanus in dubium vocabit. Ergo conventio, seu pactum con-

conditur, ubi sponſi condito testamen-
to ſibi invicem ſtipulati fuerint, ſe cun-
cta in tabulis contenta ſanctè ſervatu-
ros. At quid ſi ſponſi, vel conjuges
teſtamentum judici offerant, ac decla-
rent, ſe non velle, niſi teſtari, tamen
velle, ut teſtamentum ſit irrevocabile,
atque in vim conventionis valeat? An
hæcce clauſula naturæ teſtamenti dero-
gabit, ac teſtamentum in pactum mu-
tabit? Minimè gentium! Tanta haud
eſt vis clauſulæ acceſſoriæ, ut ipſum
principale ſuperet. Quantumvis enim
teſtator teſtamento ſuo inferuerit, imò
& millies ſcripſerit, ſe teſtamentum ſu-
um ſanctè ſervaturum, adeóque poſte-
rius non conditurum, & ſi quod con-
diderit, illud jure non valiturum eſſe;
nihilominus tamen poſterius ſubſiſtet,
& prius ſuperabit, quippe cùm nemo

legem, ne à priori voluntate recedere
 liceat, sibi dicere, aut aliud quidquam,
 per quod libertas testandi constringatur,
 penitusve tollatur, facere (***) aut
 privatis pactionibus, aut cautionibus
 juri publico queat derogare. (****)
 Hinc & MARCIANUS (*****) eleganter
 respondet: *Licet in confirmatione codi-*
cillorum paterfamilias adjecerit, ut non
aliàs valere velit, quàm suâ manu sig-
natos, & subscriptos: tamen valent fa-
cti ab eo codicilli, licet neque ab eo signa-
ti neque manu ejus scripti fuerint: nam
ea, quæ postea geruntur, prioribus de-
rogant. Simillime HERMOGENIANUS
 (*****)

(***) L. 52. §. 9. π. pro socio.

(****) L. 15. §. 1. π. ad Leg. Falc. L. 1. lt. π. de
 suis, & legit. hered. & L. 13. Cod. de testam.

(*****) In L. 6. §. 2. π. de jure Codicill.

(*****) ait: Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, femel deberi volo; postea eodem testamento, vel codicillis sciens sæpè eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur, nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut à priori ei recedere non liceat. Rectè omninò. Sicut namque clausula est pars ipsius testamenti, ita simul cum testamento revocatur, ne alioqui testamentum ex clausulâ, quæ tamen ipsa à testamento pendet, vires suas accipiat, adeoque confirmetur principale per accessorium, ac totum per partem, id quod absurdorum omnium absurdissimum foret. (*****) An-

E

non

(*****) In L. 22. ꝑ. de legat. 3.

(*****) FABER de Error. Pragm. Part. II.

Decad. 38. Error. 1. & ROUSSEAUD DE

non igitur & idem de mutuo sponso-
rum, vel conjugum testamento dicen-
dum est? Tum enim de jure duo cen-
sentur esse testamenta, & sic perinde
est, ac si unusquisque eorum seorsim
disposuisset. (*****) Unde spon-
tè sequitur, clausulam tam uni, quàm
alteri testamento adjectam esse, adeó-
que ab unoquoque revocari posse. Tum
etiam nullam specialem legem Germa-
nicam offendimus, quæ aliam decisio-
nem suadeat, exigátque.

§. XVII.

Jure dein optimo maximo cum do-
mino

LA COMBE *dans Recueil de Jurisprudence*

Civile Mot. Accessoire.

(*****) MYNSINGER *Cent. 1. Observ. 8.*

num. 6.

mino DE SELCHOW (*) ac domino
HOMMEL (**) pacta mixta à pragma-
ticis, non legislatoribus inuenta, atque
absurditatis multum habentia liberè re-
jicimus, ac definimus: Vel partes te-
statae sunt, vel pactae. Si testatae; esto
testamentum, esto codicillus, esto do-
natio mortis causa. Si pactae fuerint,
contraxerint, gesserint, convenerint,
concluserint; esto pactum dotale five
antinuptiale, atque irrevocabile. Sic
sequemur Jus Romanum, sic seque-
mur Jus Germanicum, sic rectam se-
quemur rationem. Inprimis namque
Romanæ leges (***) referunt: Ver-
ba:

(*) In *Instit. Jurispr. Germ. Lib. III.*
Cap. 1. §. 137.

(**) In *Rhapsodia. Observ. CCIII.*

(***) *L. 20. §. de V. S.*

ba: Contraxerunt, gesserunt, non per-
tinent ad testandi jus; Siquidem „ in
*” testamentis (ut FORNERIUS (****)*
” commentatur) non contrahimus. In-
” de illæ differentia sequuntur: Quod
” omnes obligationes mutuo duorum
” consensu constant: L. 31. si mihi, si
” cert. pet. Testamentum ab unius
” testatoris pendet; nec in alienum ar-
” bitrium confertur L. 1. de leg. 2. L.
” 7. utrum, de reb. dub. L. 11. fidei-
” commissa. de leg. 3. Contractum se-
” mel initum, invito altero, dissolve-
” re non licet. L. 5. C. de obl. & act.
” Testatorum soluta voluntas, ac libe-
” ra, & ad mortem usque ambulato-
” ria est. L. 4. de adim. leg. §. poste-
” riore quib. mod. test. infir. Contra-
” ctus

(****) Ad cit. L. 20. de V. S. (***)

" Etus impossibilis, vel turpis condi-
 " tionis adjectione vitatur, quod lude-
 " re potius, quam quid serium agere
 " paciscentes videantur. *L. 7. de verb.*
 " *ob. §. si sub impossibili. de inut. stip. L.*
 " *31. non solum. de obl. & act.* In te-
 " stamentis ejusmodi conditiones, qui-
 " bus vel natura, vel lex impedimen-
 " to est, quominus existant, pro non
 " adscriptis habentur. *L. 3. L. 20. de*
 " *cond. & dem. L. 4. L. 15. filius de cond.*
 " *inst. §. impossibilis. de her. inst.* Et
 " cum jus accrescendi testamentorum
 " sit proprium, ne paterfamilias pro
 " parte testatus, & pro parte intesta-
 " tus decedat. *L. 7. jus nostrum. de*
 " *reg. jur. L. un. C. de cad. toll. & tit.*
 " *quando non pet. part.* Sequitur, ne
 " in contractibus locum habeat. " De-
 in Germana fides non patitur, pacti
 E3 qua-

qualiscunque religionem violare
 (*****) Præ reliquis lex Bajuvario-
 rum (*****) ait: *Pacta, vel placita,*
quæ per scripturam quamcunque facta
sunt, vel per testes denominatos tres,
vel amplius, dummodo in his dies, &
annus sit evidenter expressus, immutare,
nullâ ratione permittimus. Specialius
 adhuc lege Ripuariorum (*****)
 cavetur: *Si quis mulierem desponsave-*
rit, quidquid ei per tabularum, seu char-
tarum instrumenta conscripserit perpetua-
liter inconvulsam permaneat. Similiter
 jure nostro provinciali (*****)
 sancitum

(*****) HEINECCIUS *Elem. Jur. Germ.*
Tom. I. Lib. II. Tit. 12. §. 331.

(*****) *Tit. XV. Cap. 13.*

(*****) *Capit. XXXVII. §. 1.*

(*****) *Gülich, und Bergische Rechts-*
Ordnung Cap. XCIV. Princ.

fancitum legimus : Es sollen die aufgerichtete Heyraths = Verschreibungen, so entweder durch die Elteren, oder aber nach ihrem tödtlichen Abgang durch die nechste Blutsverwandten, und Freunde der künftigen Eheleuth, mit ihrem Vorwissen, und Willen abgeredet, beschlossen, und angenommen seyn, in allen ihren Puncten, und Articulen, auch mit den Wiederfällen, wie dieselbige darin außtrücklich versehen, gehalten werden, sie würden dan durch beyde Eheleuth sämtlich (da sie es zu thuen Macht haben) aufgehoben, und verändert. Idem quoque de Jure Electorali Palatino (*****) obtinet. Porro eadem naturalis ratio,

E 4

at-

(*****) Land, Rechts, Theil. III tit. 5.

atque æquitas, quæ pacta, ac conventiones servandas esse dictitat, pro pactis dotalibus stat, maximè, cùm, si ab ullo alio, potissimùm à conjugibus fides sanctè coli, adeoque à legum peritis ansa iis præberi non debeat, vanâ promissione sese decipiendi, ac promissa pro lubitu revocatione deludendi. Hinc cum L. B. DE CRAMER (*****
 *****) concludimus, quod quidquid in pactis dotalibus semel inter conjuges placuerit, id mortuo uno conjugum, alter superstes immutare aut tollere nequeat.

§. XVIII.

Verùm quid si partes facultatem poeniten-

(*****) In Beglarischen Nebenstunden, Theil XIV. Abh. I. §. 8. *****

nitendi, five à pactis recedendi sibi expressè reservarint? Distinguendum puto, num facultas pœnitendi generaliter, an verò unicuique in specie reservata fuerit. Si generaliter; facultatem non unicuique, sed ambobus concessam esse respondemus. Siquidem verisimiliter præsumere non licet, facultate generaliter concessâ id actum esse, ut alter altero invito, vel in scio recedere, aut immutare queat. Alioquin enim præsumptio nimis adversaretur benignitati, quæ tamen semper præferenda est. Ad hæc contrahentes censentur se conformâsse juri, quo (*) nihil tam naturale est, quàm eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est. Tandem annon facultas recedendi, vel immutandi eo tantum fine reservari poterit, ut contrahentes vano; amoliantur scrupos, qui imperi-

E 5

tos

(*) L. 35. de R. J. (**)

tos jurisperitos quandóque, & vel maxime offendent casu; quo parentes, vel propinqui tabulas nuptiales unà subscripsêre. Ergo benigniorem interpretationem sequi non minùs iustius est, quàm tutius. (**) Ast quid tum (regeres) reservata facultas operabitur? Annon superflua, atque abundans erit? Esto abundans. Abundantem potiùs sufferre maluero, quàm exorbitantem; præcipuè cùm quotidiana experientia doceat, pactis adjici conditiones, ac clausulas, quarum vim, atque energiam plurimùm neque ipsi contrahentes, neque rudes instrumentorum fabricatores capiunt. Quod si verò facultas pœnitendi in specie unicuique reservata erit; alterum altero quidem invito, non tamen incio recedere posse pronuntiamus. Quid enim, si (ut valere UL-

PIA-

PIANUS (***) testatur) convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat; annon five emtor, five venditor juxta monitum COVARRUVIÆ (****) intra triginta annos, & juxta additum MEVII (*****) re adhuc integrâ effectivè redhibere, vel saltem voluntatem suam declarare habebit? Quid si, ut ajunt Imperatores (*****) prædium quis sub eâ lege comparavit, ut si displicuerit, inemptum sit; annon alter alteri indicare tenebitur, sibi displicuisse? Quid si locationi, conductioni, aliive contractui, seu pacto reservatio juris recedendi inserta est, annon voluntas recedendi opportuno

(***) *In L. 31. §. 22. §. de ædil. edict.*

(****) *Variar. Resol. Lib. I. Cap. 9. n. 4.*

(*****) *In Comment. in Jus Lub. Lib. III.*

Tit. VI. Art. 18. num. 9. & seq. Conferatur L. 95. §. ult. §. de solution.

(*****) *L. 4. Cod. de ædil. action.*

tuno, ac legitimo die exponenda venit? Sanè non erit, qui dubitet. Alias enim recedere volentibus liceret sequi fabulosum tonsorem, qui fossam ingressus proclamavit: *Aures Asininas habet Rex Midas.* (*****) Igitur & eadem de pactis dotalibus ferenda sententia, siquidem exceptionem à regulâ invenire mihi in hunc usque diem non licuit. Fortassè aliquem uret, ubi à cæteris pactis, vel contractibus receditur, aliquid reddi, vel præstari oportere; nihil verò, si pacta dotalia ab unâ parte revo-

(*****) De quo OVIDIUS *Metamorph. Lib. XI. V. 180.* canit.

Ille quidem celat, turpique onerata pudore
 Tempora purpureis tentat velare tiaris.
 Sed solitus longos ferro refecare capillos,
 Viderat hoc famulus, qui cùm nec prodere visum
 Dedecus auderet, cupiens efferre sub auras,
 Nec posset reticere tamen, secedit; humumque
 Effodit: & domini quales aspexerit aures,
 Voce refert parva; terræque immurmurat hausta.
 Indiciumque suæ vocis tellure regeſta
 Obruit: & scrobibus tacitus discedit opertis.
 Creber arundinibus tremulis ibi surgere lucus
 Cæpit: &, ut primum pleno maturuit anno,
 Prodidit agricolam, leni nam motus ab austro
 Obruta verba refert, dominique coarguit aures.

revocentur, vel immutentur. Si totum concessero, prout, hereditatem, five successionem quod attinet, lubenter concedo; quid amplius? Annon tum primum verè, atque efficaciter à pacto, vel contractu receditur, cum voluntas recedendi alteri manifestatur? Usque dum sola intentio in mente retenta, quæ nihil operatur, adest, ipsa vero realitas, five actus recedendi deficit, qui eo momento absolvitur, quo mens, & animus recedendi alteri declaratur. Annon mentis declaratione ideò opus, ut alter se non amplius obligatum, sed solutum esse resciat, atque vicissim recedat? Contractus enim nequit quoad alterum subsistere, & quoad alterum non subsistere. Subsistit vero quoad inscium, usque dum ei de alterius mente, ac voluntate sufficienter, ac juridicè constat. Annon alterius conjugis interest, recessum à patris novisse? Vel maximè: alioqui enim ignorabit, quid sibimet ipsi peragendum sit. Instabis, quemquam id facile

cilè divinare, ac suspicari posse, atque sibi imputare debere, quod hunc paciscendi modum elegerit, nec sibi suisque magis prospexerit. Utique sibi imputare habet, quod paciscendi elegerit modum, quo alteri à pactis recedere licet. Inde tamen haud sequitur, alterum clam absque factâ animi declaratione, ac modo non humano recedere posse. Verùm annon & in scriptis, & testamento animum, ac voluntatem declaramus? Declaramus utique dummodo debitum modum adhibeamus, nec necessaria prætermittamus. Quid si sponsalibus facultas recedendi adjecta fuerit, an à sponsalibus recedetur, dum quis se recessisse scribit, quin tamen alteri id notificet? Nemo ita arbitrabitur, sicut enim sponsalia non contrahuntur, nisi animo, vel verbis, vel factis declarato; ita nec dissolvuntur, nisi dissensu, vel verbis, vel factis declarato. Si quis prædium sub eâ lege comparavit, ut, si displicuerit, inemptum sit, an inemptum erit, dum quis testamento suo

suo inferit , sibi displicuisse ? Atqui testamentum post mortem apertum venditorem de voluntate , ac mente testatoris certiore reddit. Reddit quidem , sed num debitè , num legitimè ? Ipse recedendi actus non perficitur nisi eo momento , quo animus , ac voluntas alteri declaratur , quippe cùm antè non nisi sola , ac nuda intentio adfit. At post mortem nemo velle , aut nolle habet. (*****) Quis igitur post mortem ipsum recedendi actum perficiet ? Ego mehercule non video ; nec legem novi , nec rationem.

§. XIX.

Demum nota haud dignum videtur illud BOEHMERI (*) assertum : “ Hanc tamen utilitatem habebit distinctio , ut si ex *mixtis* superstiti *universalis successio* delata , heredes ab intestato prorsus excludantur , & heres *pactitius* in uni

(*****) SEBASTIANUS MEDICIS in *Tract.*

Mors omnia solvit. Part. I. num. 15.

(*) *Cit. Exercit. L. XXI. Cap. 2. §. 12.*

” universum jus defuncti succedat ; sin
 ” *simplicia* inita fuerint de bonis parti-
 ” cularibus, superfit adhuc *successio ab*
 ” *intestato*, quam etiam admitto, si vel
 ” maximè *de quota hereditatis* successio
 ” delata fuerit. ” Exsupra dictis (**)
 jam tum liquet, pactum ideo mixtum
 dici nec posse, nec debere, quia de uni-
 versali hereditate dispositum est. Ne-
 que etiam quis adseverare præsumet,
 successionem ab intestato superesse, si
 ex pacto successorio universalis defera-
 tur successio. Id circo & successio ab
 intestato æquè exulabit, ubi sponsi de
 universâ successionem pacti fuerint, quip-
 pe, cum pactum successorium inter,
 & dotale nullum omnino discrimen re-
 perire, adeoque ambo eodem jure
 censenda sint. Sede proinde suâ Prag-
 maticorum distinctio cedat, atque ad
 triste chaos redeat, à quo suam
 traxit originem.

T A N T U M.

(**) §. XII.





Büininck, Goswin Joseph Arnold <<von>>,

Error Pragmaticorum circa distinctionem Pactorum dotalium in Simplicia et
mixta

Colonia u.a. 1770

J.rom.m. 76

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10182448-7

VD18 14414007-001